

論  
説

違憲審査制の諸類型における「スイス型」(三)

小 林 武

は 目 次

- 一 スイス違憲審査制とその機構 (以上二巻四号)
- 二 スイス憲法訴訟の法的構造
  - (一) 保護対象 (Schutzobjekte)
  - (二) 取消対象 (Anfechtungsobjekte)
  - (三) 当事者 (以上三巻一号)
  - (四) 手続
  - (五) 判決の効力 (以上本号)
- 三 「スイス型」の特質  
むすびにかえて

(四) 手 続

一 (一) 憲法訴訟を提起するについて、手続上要求されるものは、ひとつには、州の争訟手段を尽くしていること<sup>(1)</sup>である。但し、これには例外が少なからず存在し——そのため学説<sup>(2)</sup>はこれを憲法訴訟の「相対的な終尽の原則」(relative Subsidiarität)と名付けている——、裁判構成法の掲げるもの(表II参照)の他、判例上、信仰の自由

表II 憲法訴訟の「相対的な終斥の原則」にかんする裁判構成法の規定

A 州の審級を尽すことを要求されているもの		根拠規定
1 憲法上の権利の侵害を理由とした訴訟 (BV113(1)③、OG84(1)②)、但、B-1を除く	OG84	
2 州憲法および連邦法の該当規定のいっさいにもとづく・市民の参政権および州の選挙と投票にかんする訴訟 (OG85③)	OG86(1)	
3 鉄道ならびに汽船事業および郵便についての救助義務にかんする1905年3月28日の連邦法律に違反して貧民救済法を拒絶したことへの訴訟 (OG85⑤)	OG86(1)	
B 州の審級を尽すことを要求されていないもの		根拠規定
1 憲法上の権利の侵害を理由とした訴訟 (BV113(1)③、OG84(1)②)のうち、次の権利にかんする訴訟—— (1)居住の自由 (BV45)、(2)二重課税の禁止 (BV46(2))、(3)住所地での裁判の保障 (BV59)、(4)他州の市民を立法上および裁判手続上州の市民と平等に扱うことの要請 (BV60)、(5)司法共助の要請	OG86(2)	
1' 回復しきたい損害を避けるため州の最終審級の間決決定にたいして提起される・BV4侵害を理由とした訴訟	OG87	
2 協約の侵害を理由とした個人の訴訟 (BV113(1)③、OG84(1)⑤)	OG86③	
3 条約の侵害を理由とした個人の訴訟 (BV113(1)③、OG84(1)⑤)	全上	
4 官庁の事物的・場所的管轄区域についての連邦法上の規定の侵害を理由とした訴訟 (OG84(1)②)	全上	
(備考) BV=連邦憲法、OG=裁判構成法。数字は順に条・項・号を示す。		

(連邦憲法四九条)・宗教的活動の自由(同五〇条)の侵害が主張される事例等が、ここにいう例外に該る。<sup>(3)</sup>ここで州審級の終尽を要件としないということは、結局、連邦司法権限の直接的発動を認容ないし要請することを意味するわけであるから、こうした事例に入るものは、ひとつには、その解決を州に望むことが本来的に期待できないケースであり、もうひとつには、権利救済の重要性・緊急性がとりわけ強いと見做される事案であること<sup>(4)</sup>になる。加えて、訴訟経済上の配慮もこの例外を設けた契機の一つとして数えられている。<sup>(5)</sup>

(二) 憲法訴訟提起のために求められるもうひとつの要件は、連邦段階において他の訴訟手段が存在していないことである(なお、これは、例外なく要請されるものであるところから、「絶対的な終尽の原則」(absolute Subsidiarität)と呼ばれる<sup>(6)</sup>)。すなわち、連邦裁判所の国法部以外の各部・部門及び連邦参事会に訴えし得る場合には憲法訴訟の手段を利用することはできないのである。<sup>(7)</sup>(しかも、国法部以外の諸機関のした憲法判断は最終的なものであるから(一一参照)、この再審査を国法部に請求すべく憲法訴訟を用いることも許されない<sup>(8)</sup>)。なお、訴訟が同時に二以上の機関に提起されたとき、または、訴訟の提起を受けた自己の管轄権にかんして疑義を抱いたときには、当該機関で協議がなされる(裁判構成法九六条二項)。

二(二) 訴訟の提起は、法令についてはその公布のあった日、処分についてはその通知のあった日から、各三〇日以内<sup>(9)</sup>に、書面で、連邦裁判所に宛て、為される(同法八九条一項)。

訴状に記載されるべき事項は、取消を求める法令ないし処分の名称、原告の申立、「本質的な事実」、および、いかなる憲法上の権利ないし法規が係争の法令・決定によっていかなる程度に侵害されているのかについての要約<sup>(10)</sup>である(同法九〇条一項b号)。

訴状が受理されても訴えの対象とされた高権行為は失効しないが、裁判構成法は、訴状を受理した連邦裁判所長官が現状の維持ないし危険の切迫した法益の仮の保護を目的として「配慮的措置」(vorsorgliche Verfügungen)を

講することができる旨定めている（九四条）。この措置は、当該高権行為に対して延期的（aufschiebend）ないし停止的（suspensiv）効果を及ぼし得るものであり、その点で、憲法訴訟の機能は破毀的（kassatorisch）であるにとどまるといふ原則を修正するものである。<sup>(13)</sup>

(二) 受理された訴えは、まず予備審理（Vorprüfung）にかけられる。これは、「認容されないことが明らかである」か、または、「疑いもなく根拠に欠けている」と見られる訴えにつき、これを本審理に入らせることなく終結させる手続である（裁判構成法九二条一項）。これを担当する委員会は三名で構成され（同条同項）、その内訳は国法・行政法部門の長と国法部の裁判官二名である（一九四四年一〇月二日の連邦裁判所規則一条）。審査は非公開であり、決定は満場一致で行なわれ（裁判構成法九二条一項）、そして、決定理由は略式で足りる（同条二項）。この制度は、旧裁判構成法では知られず、一九四三年の現行法で初めて採り入れられたものであり、その趣旨は、濫訴の防止、換言すれば連邦裁判所の負担軽減をはかることにあるとされている。<sup>(14)</sup> 実際の運用においては——若干古い例であるが——、一九五一〜六七年の間に、この予備審理手続によって、一〇、一一八件の訴えのうち四、〇〇八件（約四〇％）が終結させられている。<sup>(15)</sup>

こうした予備審理手続が、憲法訴訟制度の人権保障機能にとって消極的な要素となっていることは否定できないであろう。三名の委員の中に国法・行政法部門の長を含めていること、決定について満場一致を要求していること等の配慮がなされているが、学説は、この手続が「原告の立場からすれば、また法治国的観点からしても、歓迎されるべきものでは勿論ない」と、これを批判している。<sup>(17)</sup>

(三) 予備審理のフィルターを通り得た訴えについて本審理が開始されるが、本審理手続は、概して職権主義的色彩が強い。すなわち、裁判構成法は、この手続が書面審理を基本として為されること（九一条一項）、および、受命裁判官（Instruktionsrichter）が事実関係の疎明のために必要な証拠調べを為し得ること（九五条一項）を定め、職権進

行主義・職権探知主義を原則的に採用することを明らかにしている。

但し、裁判構成法は、部分的に口頭審理主義的要素を採り入れて、「当事者の一方が請求し、かつ特別の理由がある場合には、例外として、連邦裁判所は口頭による最終弁論を命ずることができる」(九一条二項)と定めている。

なお、訴訟費用については、これを無償とすることが原則とされている(裁判構成法一五四条<sup>19)</sup>。また、裁判手続に瑕疵があった場合、あるいは、新しい重大な事実が発見された場合には、再審の請求が認められている(同法一三六、一三七条)。

以上に見た手続における諸特徴が訴訟構造全体の中でいかなる意味をもつものであるかについては、後に考察したい<sup>19)</sup>。

## 註

(1) 実定法は、「州の最終審級の決定に対してのみ」(裁判構成法八六条一項)、「州の争訟手段を利用した」(Gebrauch machen) 後にはじめて」(同条二項)ないし「州の争訟手段を経る(durchführen)ことを要[する]」(同条三項)等の表現を用いている。

(2) z. B. Imboden, M.: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, S. 520.

(3) Vgl. Fleiner, F./Giacometti, Z.: Bundesstaatsrecht, S. 889.

(4) 前者の適例は二重課税のケースであり、そこではまさしく「二州の関係そのものが裁判の対象となっている」(Huber, H.: Verfassungsbeschwerde, S. 12)。また、後者については、連邦憲法四条(法的平等)侵害を主張する訴訟で、回復し難い損害を避けるために連邦裁判所に直接提起された訴えなどが挙げられよう。

(5) Huber; a.a.O.

(6) Imboden; a.a.O.

(7)・(8) Huber; a.a.O.

- (9) 一文獻は、期間は、提訴しようとする者が処分等を現実知ったとき又は知り得るようになったときから開始するものと解すべきである」としてゐる (Fleiner/Giacometti; a.a.O., S. 895)。
- (10) 期間がこのように短く定められてゐることから、訴訟が期間内に提起されたものであるか否かをめぐる争いが少なくないところ (cf. Hughes, C.; *The Federal Constitution of Switzerland*, p. 124.)。
- (11) 但し、フライナーおよびジャコメッティは、憲法上の特定の権利侵害がなされたことの証明は提訴時には不要で、その時点では、単に損害を受けたことの証明で足りるとしており (Fleiner/Giacometti; a.a.O., S. 893)。<sup>3)</sup> また、ヒューズも裁判構成法の要求する証明が極めて困難であること指摘してゐる (Hughes; op. cit.)。
- (12) Fleiner/Giacometti; a.a.O., S. 896。
- (13) Vgl. Steinz; *Die vorsorglichen Verfügungen des Bundesgerichtes in öffentlichen Streitigkeiten*, in: ZSR NF53 (1934), S. 212. (zit. Birchmeier, W.; *Handbuch des OG*, S. 404.)
- (14) Fleiner/Giacometti; a.a.O., S. 897。
- (15) Schuler, A. H.; *Verfassungsbeschwerde*, S. 253。
- (16) シュライツも、一九五六年に連邦憲法裁判所法を改正して、スイスの予備審査手続と酷似した制度を採用している (同法九一条の二。なお、一九六三年以降九三条の二)。趣旨は、スイスと同じく裁判所の負担軽減をはかるところにあるといわれる (参照、ゲープハルト・ミュラー村上淳一訳「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権」法曹時報二二巻三号(一九六九年)一八頁)。スイスとの対比では、最終件数が、一九五二—六七年の間で、一七、二三五件中一三、四六二件(七八%)にも上つてゐる (Schuler; a.a.O., S. 253) 点が注目される。これを批判するものとして、たとえば W・フーメントロート村上淳一訳『西ドイツの憲法と政治』(一九七一年)一〇八頁 (Abendroth, Wolfgang; *Das Grundgesetz — Eine Einführung in seine politischen Probleme*, Pfullingen, 1966) を参照された。
- (17) Fleiner/Giacometti; a.a.O.
- (18) 同条によれば、信教の自由にかんする訴えは例外なく、他は民事事件ないし財産的利益が問題となるものでない限り、無償とされる。もちろん、これは、出訴を容易にすることにより個人の権利保護に役立つものでもあるが、主要には、憲法訴訟の公的性格を示すものとして理解されるべきであろう (これを指摘するものとして、参照、覚道豊治「憲法訴訟の当事者適格」(前掲)三八一頁)。
- (19) なお、憲法訴訟の手続におけるこのような複合的性格は、行政訴訟についても見られる。ジャコメッティによれば、行政

訴訟は公法の保護にかんするものであるところから、その手続は職権主義を原則とするが、当事者に弁論の機会を保障すること、不利益変更 (reformatio in peius) の原則を採用しないこと等の形で当事者主義的要素を採り入れている (Giacometti, Z.: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), Bd. I, Zürich, 1960, S. 465f.)。

## 五 判決の効力

一 憲法訴訟の判決<sup>(1)</sup>の効力にかんして議論の集中するのは、法令の取消を求める訴えを認容した判決の効力の問題であり、本項でも検討の中心をそこに置くが、それに先立って問題全般を概観しておきたい。

(一) まず、棄却判決の効力は、「原告が憲法上保障された本人の権利を」係争国家行為によつては「侵害されていないか、少なくとも本人が主張しているような形では侵害されていないことを確定する」にとどまる。換言すれば、それは、「州高権による侵害という主張の拒絶」を意味するものであって、当該国家行為の合憲性の確認という積極的な性格をもつものではない。<sup>(2)</sup>

(二) 他方、認容判決は、係争国家行為を廃止する (aufheben) 効力をもつが、その性格は、原則として、「破壊的」(kassatorisch)である。すなわち、係争国家行為を取消すにとどまるものである<sup>(3)</sup>、と理解されている。言い換えれば、連邦裁判所は、取消された国家行為に替えて新規のそれを設定するという如く自ら改革的に (reformatoisch) 働くものではなく、新規の合憲的行為の設定は州官庁自身に委ねられた問題であると考えられているのである。<sup>(4)</sup>そして、この原則は、処分・法令の双方に該当するものであり、スイスの場合、当該行為が「違憲の法令に依拠しているときでも、連邦裁判所の判決は」「当該適用行為の取消にのみ限定され」、<sup>(5)</sup>その依拠する法令そのものの効力は何ら影響を受けるものではない。すなわち、法令に対する取消請求は公布後三〇日に限られる<sup>(6)</sup> (二四) 参照) ので

あつて、スイスは、西ドイツの如き、一般規範の「間接的に惹起される破壊」の制度をもたない。ただし、実際上は、州立法部はこうした法令を改廃しているといふ<sup>(9)</sup>。

例外として、判決が破毀的性格をもつにとどまらず、新規の行為を設定する効力を有する場合がある<sup>(10)</sup>。判例上形成されたものであるが、(ア)二重課税の禁止、(イ)裁判管轄権、(ウ)一州における民事裁判判決の他州における執行、(エ)警察許可の拒絶・制限・取消、の各領域にかんする訴訟がそれであり、例えば、(フ)についての判決は州に徴税権を設定し税額を決定するという形成力をもつものである、と解されている<sup>(11)</sup>。さらに、州官庁の不作为に対する訴訟の認容判決は、当該官庁に向けての「拘束力のある指示」として働く<sup>(12)</sup>。これらは、破毀的効力の原則に対するかなり広範な例外であるといえよう。

(三) 判決の確定力(Rechtskraft)については、裁判構成法は、「連邦裁判所判決は言渡(Ausfallung)により確定力を生ずる。」(三八条)と定めるが、学説は、一般にこれを厳格に解しており、同条の規定は、形式的確定力(formelle Rechtskraft)については訴えの対象の如何を問わずこれを認めたものであるが、実質的確定力(materielle Rechtskraft)つまり既判力については、これを限定的にししか認めていないものと見ている<sup>(13)</sup>。すなわち、既判力は、訴えの対象が民事判決の如く法的安定性を強く要請するものであるときには広く認められるが、他方、法令や行政処分<sup>(14)</sup>の如く合目的性の要請が強いものである場合には、「当該名宛人に対する同一の行為の設定は禁止される<sup>(15)</sup>」という範囲でのみ生ずる、というのである。

法令を違憲とする判決の効力の問題は、これに関わつて論じられている。項を改めて述べたい。

二 法令に対する違憲判決の効力をめぐつては、スイスでも学説・判例<sup>(16)</sup>の変遷を認めることができるようであり、それは、一九三七年を画期点としているといわれる。

(一) 早い時期の学説は、既判力についての前記の厳格な理解を、法令を違憲とする判決の場合にも貫いている。代



表的なものとして、ジャコメッティの一九三三年の著書<sup>(17)</sup>を取り上げよう。彼は、まず、法実証主義の立場から、「国家行為の取消の能否 (Wiederruflichkeit od. Unwiederruflichkeit) は当該国家行為の性質から導かれるのではなく、実定法たる上位規範により定められるのでなければならない」とし、この問題の解決は上位規範たる旧裁判構成法一九五条(前掲の現行裁判構成法三八条と同旨)の解釈に拠るべきである、とした上で、同条にいう「確定力」は、限定された意味のものであり、法令が訴えの対象である場合には、法令には法的安定性より時代への即応性の要請のほうが強いことから、既判力の客観的・主観的いずれの範囲とも拡大して解してはならない、とする。すなわち、既判力の客観的範囲については、裁判所は、法令の「訴えられた時点における、かつ、所与の関係のもとでの」合憲性につき判断するだけであり、立法者は、事実状況が変化した場合には同一の法令を制定・公布することができるし、逆に原告も、新しい事実関係に立つなら同一の法令に対し幾度でも訴えを提起し得るのである、という。また、既判力の主観的範囲についても、判決の効力は当事者だけに及ぶものであり第三者はそれに拘束されない、と厳格に解している。<sup>(18)</sup>

判例も、この時期までは、判決の既判力の問題について、「時に触れ軽く言及してきただけであり」、しかもその態度は「動揺しており、或る場合にはこれを肯定し、他の場合には……否定しているかのように見える」<sup>(19)</sup>状態であった。

(二) 右のような状況の転換を促したものは、連邦裁判所一九三七年九月二四日判決<sup>(20)</sup>である。事案は、甲州が、そこに居住することなく勤務のみをしている者にもその勤労収入に対して課税する法律を制定したところ、乙州の居住者で甲州に勤務する者及び乙州が、右法律の廃止を訴求したものであり、訴えの理由として、原告のうち前者は、二重課税禁止の憲法条項(連邦憲法四六条二項)違反を、また後者は、自己の租税高権の侵害を挙げていた。連邦裁判所は、この訴えにつき、「個人が、国法訴訟を、各人に向けられた法適用という措置に対してだけでなく、違憲の法律

それ自身に対しても提起することは、(旧)裁判構成法一七八条によって)許容されている。このことは、訴訟提起者は国法訴訟を手段として、係争法律の適用の排除(Nichtanwendung)のみならずその廃止(Aufhebung)をも一般的に求め得る、ということを疑う余地もなく含意している」との判断を示した後、本件については、訴えを認容し、係争法律規定は原告に適用されないだけでなく、一般的に廃止される、と判示した。<sup>(23)</sup>この判決以降、連邦裁判所は、違憲判決が法令の一般的廃止の効力を有し得るという見解を確立している。

学説も、判例の態度を支持しているが、<sup>(22)</sup>その中で、シュラーの説くところを見ておきたい。彼の見解の特徴は、法令違憲の判決の一般的効力を、もっぱら法令(一般的規範)のもつ属性としての一般性を根拠にして説明しようとするところにある。彼は、まず、法令に対する訴えの「認容判決の既判力は、原告および係争法令を制定した機関のみに及ぶ」と、既判力の主観的範囲を厳格に解した上で、法令の属性の検討に入る。すなわち、法令は、不特定多数人を名宛人とし、また、将来生起するであろう問題をも規律することを課題としていて、<sup>(24)</sup>ところにその特徴が見出されるが、このような特徴、すなわち法令の一般的拘束性が、同時に、違憲とされた法令の一般的非拘束性を生む、とする。言い換えれば、法令があらゆる人を規範名宛人として、<sup>(25)</sup>ことから論理必然的に、違憲法令はあらゆる人に対して無効となるとの結論が出る。要するに、「このような一般的非拘束性は、既判力から生ずるものでは決してなく、一般的規範自身の性質より発するものである」というのである。<sup>(26)</sup>

右に見た一九三七年の判例およびシュラーの見解は、結局、実定法が法令に対する訴えを処分に対するそれと区別して規定している点、および、法令がその属性として一般性を備えている点を根拠とするにとどまり、形式論理の域を脱していないが、その結論は、今日の判例・通説の探るところとなっている。<sup>(25)(26)</sup>

三 以上の概観にもとづいて、スイス憲法訴訟における判決効力論の特徴を、さしあたり、次のように指摘しておきたい。

すなわち、それは、一面で、判決の効力を原則的に破毀的性格のものと解し、また、既判力の拡張を認めないこと等、司法審査制と共通する特徴を有している。しかし同時に、他方、認容判決が係争国家行為の違憲性をたんに確認するにとどまらずそれを廃止する形成力をもつ形成判決であると理解されている点、判例をとおして、破毀的効力の原則に対する広範な例外が定着している点、および、今日の通説・判例が違憲判決の一般的効力を肯認する見地に立っている点等において、スイスの制度は司法審査制のものとはかなり別異な要素を内包しているといえることができるであろう。

このような、判決の効力の面でも示された複合的な性格を、訴訟構造全体の中に位置づけ、スイス憲法訴訟制度が総体としてどのような特質を有するものであるかを検討することが以下の課題となる。

## 註

- (1) 憲法訴訟の判決形式毎の処理件数の一例を掲げておきたい。一九五二年の数字であるが、却下 (Nichteintretung) 一件、棄却 (Abweisung) 約三〇〇件に対して、認容 (Gutteilung) をれたものは約五〇件であったと Huber, H.: Verfassungsbeschwerde, S. 4)。また、一九五二―五七年の間では、一〇、一一八件のうち認容判決は一、二二〇件 (なお西ドイツでは、同期間、一七、一三五件のうち一五〇件) であるといわれる (Schuler, A. H.: Verfassungsbeschwerde, S. 253)。
- (2) Schuler; a.a.O., S. 423.
- (3) Fleiner, F./Giacometti, Z.: Bundesstaatsrechts, S. 897.
- (4) Vgl. z. B. Giacometti: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 245, u. Schuler; a.a.O., S. 230.
- (5) 立法不作為を対象とする訴訟 (II (1) 参照) や憲法訴訟を手段とする損害賠償請求が否定されているもの、この点述べた判決の効力の性格から出づるものと云えられ (Huber, a.a.O., S. 13)。
- (6) Schuler; a.a.O., S. 231f.

- (7) 西ドイツの場合には、周知の通り、判決に対する『Verfassungsbeschwerde』が、当該判決が違憲の法律に基づいて行なうという理由で認容されたときは、その判決の依拠していた法律そのものが無効と宣言される（連邦憲法裁判所法九五条三項後段）。
- (8) Schuler; a.a.O. S. 232.
- (9) Hughes, C.; The Federal Constitution of Switzerland, p. 124.
- (10) Vgl. Imboden, M.; Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 522.
- (11) 裁判例は、BGE 46 I 25f. (1920), 47 I 160 (1921), 50 I 97 (1924), 54 I 321 (1928), 69 I 150 (1943), 70 I 327 (1944), 74 I 37f., 456f. (1948), 78 I 331f. (1952), 79 I 149f. (1953), 82 I 137f. BGE 40 I 83 (1914), 42 I 198 (1916), 45 I 49 (1919), 46 I 249 (1920), 52 I 138 (1926), 53 I 136 (1927), 56 I 137f. BGE 42 I 101 (1916), 51 I 446 (1925), 57 I 437 (1931), 71 I 27 (1945), 72 I 95 (1946), 82 I 250 (1956), 82 I 137f. BGE 82 I 111 (1956), 84 I 113 (1958), 87 I 116, 280 (1961), 89 I 256 (1963), 90 I 349 (1964) 等である（すくす Schuler; a.a.O. S. 230 以下）。
- (12) Schuler; a.a.O. S. 230.
- (13) Fleiner/Giacometti; a.a.O. S. 898.
- (14) z. B. Birchmeier, W.; Handbuch des OG, S. 49f.
- (15) Schuler; a.a.O. S. 240.
- (16) ここで紹介する見解の懸隔は、わが国における、周知の、個別的効力説・一般的効力説の対立と似通ったところがある。その点について、本項末尾（註(26)）で若干のコメントを加える。なお、西ドイツにつき、註(25)参照。
- (17) Giacometti; a.a.O. S. 250ff.
- (18) なお、この見解に向って、それに拠るなら同一の問題が繰り返し争われることになる、旨の批判が寄せられたのに対して、ジャコメッティは、「そこがこの制度の形式的弱点が存在する」ことを認めつつ、現実には州官庁が違憲とされた法令と同一のものを制定して新規の訴えを従適していることはなく、連邦裁判所は大きすぎるほどの権威をもっている、という事実を挙げて反論するにとどまっている（Giacometti; a.a.O. S. 253）。
- (19) Giacometti; a.a.O. S. 253f.
- (20) BGE 63 I 147. 後掲の引用箇所は一六四頁。

(21) 判旨は、理由付けについては、本文中に引用した以上の叙述をしていず、結局、法令に対する訴えが許されているが故に法令の一般的廃止の請求ができる、という論理の域を出ていないものではあるが、法令に対する訴えを、法適用に対するそれと、判決の効力の点で区別し、その独自の意義を見出そうとするところに特徴があるといえよう。

(22) z. B. Marti, H.; Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, in: ZSR NF 81 II, S. 80. u. Birmelmeier, a.a.O., S. 314.

(23) Schuler; a.a.O., S. 241ff.

(24) シュラーは、規範の一般性から判決の効力の一般性をストレートに引き出すのみで、それ以上の論理展開をしていない。

(25) 西ドイツでは、一般的効力の訴訟理論的考察がかなり詳細になされているようである。イェッシュ (Jesch, Dientlich)

やホイスナー (Heugner, Hermann) は、これを既判力の拡張によって説明しようとし、他方、バッホフ (Bachof, Otto) や一九五四年五月二〇日連邦裁判所民事大部決定は、客観的な憲法秩序の維持という憲法裁判所の任務の特殊性からこの理由付けを試みている。なお、ボッシュ (Bosch, F.) など個別的効力説を採る論者もあり、学説は統一されていない、といわれる (参照、林屋礼二「西ドイツにおける違憲判決の効力」法律時報三五卷一一号 (一九六三年) 四九頁以下、同「憲法訴訟における裁判の拘束力と民事訴訟における裁判の既判力」学習院大学法学部研究年報二 (一九六五年) 二七頁以下)。

(26) 本文で見たスイスにおける違憲判決の効力をめぐる議論はわが国の諸説とも相通するものである。スイスの議論は、そもそも、違憲とされた法令は取消されるとする制度を前提としたものである点に留意しなければならないが、その前提の下でも、ジャコモメッティのように、同一内容の法令の再制定が許容されると解するときには、結局、違憲令の効力は当該事件についてのみ否定されその適用が排除されると説くわが国個別的効力説と、実質的に同じ意味をもつことになる。また、今日の通説・判例の態度は、わが国一般的効力説と同様であるし、立論の仕方についても、法令の一般性を論拠とするシュラー説と共通したものをわが国学説中に見出すことができる (たとえば、中田淳一「違憲の判定を受けた法令の効力」(一)法学論叢五四卷一一二号 (一九四八年) 一六頁)。

(27) Giacometti; a.a.O., S. 241.

(一九七九年一月三〇日脱稿)

追記 井上紫電先生の御退職を記念する本号には独立した論稿を準備するのが至当であるが、種々の事情で果たせなかった。御諒解を乞いたいと思う。